



**PÁBLYO ALESSANDRO TONHÁ CASTRO**

**O ATO ADMINISTRATIVO E A INAPLICABILIDADE DE LEI  
RECONHECIDAMENTE INCONSTITUCIONAL**

**Brasília – DF**

**2013**

**PÁBLYO ALESSANDRO TONHÁ CASTRO**

**O ATO ADMINISTRATIVO E A INAPLICABILIDADE DE LEI  
RECONHECIDAMENTE INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Especialista em Direito  
Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito  
Público – IDP.

**Brasília – DF**

**2013**

**PÁBLYO ALESSANDRO TONHÁ CASTRO**

**O ATO ADMINISTRATIVO E A INAPLICABILIDADE DE LEI  
RECONHECIDAMENTE INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do título de Especialista em Direito  
Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito  
Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_, com menção  
\_\_\_\_\_.

Banca examinadora:

\_\_\_\_\_  
Presidente: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

\_\_\_\_\_  
Integrante: Prof.

*Dedico este trabalho aos meus familiares, pelo apoio, e a Deus, pela luz e sabedoria, em todos os momentos da minha jornada de vida.*

*“Se Henry Ford tivesse feito uma pesquisa de mercado, as pessoas responderiam que queriam cavalos mais velozes.” (Steve Jobs)*

## RESUMO

CASTRO, Páblyo Alessandro Tonhá. *O Ato Administrativo e a Inaplicabilidade de Lei Reconhecidamente Inconstitucional*. 2013. 55 fls. Monografia de conclusão do Curso de Especialização em Direito Administrativo – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília – DF, 2013.

O objetivo do trabalho consiste em analisar a inaplicabilidade da lei reconhecidamente inconstitucional na Administração Pública. Para tanto, pondera-se a presença da lei no Estado de Direito, seus limites e possibilidades, a busca de legitimidade e fundamento para o seu real alcance. O estudo da lei inconstitucional é voltado ao controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especificamente à possibilidade de controle abstrato e/ou concreto pelo Poder Executivo dos atos do Poder Legislativo. Por fim, faz-se uma investigação acerca da manutenção do ato administrativo praticado sob a égide da lei inconstitucional, em virtude da segurança jurídica. No exercício de sua atividade executiva, enquanto aplicador de leis em casos concretos, o Administrador Público se verá eventualmente na condição de decidir entre aplicar uma lei ou aplicar a constituição, quando normas destas duas classes se mostrarem igualmente incidentes no caso, porém, divergentes. Busca-se aqui raciocinar se é lícito ao Administrador afastar a aplicação de uma lei imperativa quando esta se evidencie, no caso concreto, contrária a preceito ou princípio constitucional. Muitas são as implicações da vigência e eventual aplicação de uma lei inconstitucional. Até que se declare a sua inconstitucionalidade, ela vige e, em tese, deveria ser cumprida, gerando todos os efeitos daí decorrentes. Ao Poder Público caberia cumprir a lei ou pleitear ao Poder Judiciário a declaração de sua inconstitucionalidade, a fim de legitimar a não aplicação, a bem da segurança jurídica. O tempo da vigência da lei, normalmente a partir de sua publicação, até a declaração de sua inconstitucionalidade pode trazer desdobramentos de grande repercussão financeira e prática ao Poder Público. A necessidade de segurança jurídica, como base para um estado democrático de direito, traduz a importância de se averiguar a constitucionalidade de uma norma frente à Carta Maior. Nada pode estar acima da Constituição Federal na ordem positiva do direito brasileiro. Assim é necessário fornecer alternativa ao administrador público (autoridade administrativa competente) e, em consequência, aos servidores em geral, para aplicação ou não de norma inconstitucional de forma a respeitar a boa-fé, a legalidade e a segurança jurídica. Várias são as disposições doutrinárias e jurisprudenciais, bem como as possibilidades no que se refere ao cumprimento de lei ou ato normativo, tanto em sede de análise liminar quanto meritória, de acordo com o caso concreto e o entendimento a ser adotado. Há que se ponderar e escolher a providência menos gravosa à sociedade e aos bens jurídicos postos em questão, optando-se pelo ato que não cause dano maior pela situação criada na vigência de lei inconstitucional, quando se analisará o poder da autoridade administrativa com relação à não aplicação de lei inconstitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ato Administrativo; Reconhecimento de Inconstitucionalidade de Lei; Inaplicabilidade de Normas; Segurança Jurídica; Controle de Constitucionalidade pelo Administrador.

## ABSTRACT

CASTRO, Páblyo Alessandro Tonhá. *O Ato Administrativo e a Inaplicabilidade de Lei Reconhecidamente Inconstitucional*. 2013. 55 fls. Monografia de conclusão do Curso de Especialização em Direito Administrativo – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília – DF, 2013.

The objective is to analyze the inapplicability of the law unconstitutional recognized in Public Administration. Therefore, considering the presence of the law the rule of law, its limits and possibilities, the search for legitimacy and foundation for your actual range. The study of the law unconstitutional is geared to control the constitutionality of the acts of the government, specifically the possibility of an abstract and / or concrete actions by the executive branch of the Legislature. Finally, it is an investigation concerning the maintenance of the administrative act performed under the auspices of the law unconstitutional because of legal certainty. In the exercise of his executive activities, while applicator laws in specific cases to the Public will be seen in any condition to decide whether to implement a law or enforce the constitution, when standards of these two classes also show if incidents in this case, however, divergent. Search here think it is permissible for the Administrator avoid the application of a mandatory law when it is showing in this case, contrary to rule or constitutional principle. Many are the implications of the term and the possible application of an unconstitutional law. Until they declare its unconstitutionality , it prevails and , in theory , should be fulfilled , generating all the resulting effects. Public Power fit comply with law or plead to the judiciary of the declaration of unconstitutionality in order to justify not applying the sake of legal certainty. The time of the rule of law, usually from its publication until the declaration of unconstitutionality of developments can bring great financial and practical impact upon the Government. The need for legal certainty , as the basis for a democratic state of law, reflects the importance of checking the constitutionality of a standard front Carta Maior. Nothing can be above the Constitution in the positive order of Brazilian law . So it is necessary to provide an alternative to the public administrator (competent administrative authority) and, consequently, to servers in general, to apply or not unconstitutional norm in order to respect the good faith, the legality and legal certainty. There are several provisions doctrine and jurisprudence, as well as possibilities with regard to compliance with law or normative act, both at the preliminary analysis as meritorious , according to the case and understanding to be adopted. We must ponder and choose the least burdensome welfare society and the legal goods brought into question, opting for the act that does not cause major damage situation created by the force of law unconstitutional when it will consider the power of the administrative authority regarding non-application of the law unconstitutional.

KEY-WORDS: Administration Act; Recognition unconstitutionality of Law; Apparent Norms Inapplicability; Legal Security; Judicial Review by the Administrator.

## LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

### ABREVIATURAS

Art.	por artigo
Id.	por idem
Ibid.	por ibidem
Ed,	por edição
Fls.	por folhas
N.º	por número
Obs.	por observação
Op. Cit.	por obra citada
P.	por página
Trad.	por tradução
V.	por volume

### SIGLAS

CFRB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
MPU	Ministério Público da União
MPDFT	Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

### SÍMBOLOS

§	parágrafo
---	-----------



# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b>	<b>13</b>
1.1 Supremacia da Constituição	13
1.2 Legalidade	14
1.3 Autotutela	14
<b>2 A CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS</b>	<b>16</b>
2.1 Norma Inconstitucional - Antinomia Hierárquica	17
2.2 Presunção de Constitucionalidade dos Atos Normativos	21
2.3 O Julgamento Administrativo	23
<b>3 INAPLICABILIDADE DE NORMA INCONSTITUCIONAL</b>	<b>25</b>
3.1 Efeitos da Lei para a Administração Pública	27
3.2 Insegurança Jurídica nas Atividades da Administração Pública	28
3.3 Afastamento de Norma x Declaração de Inconstitucionalidade	29
3.4 Descumprimento da Lei Inconstitucional pelo Poder Executivo	31
3.5 Caso de Inconstitucionalidade Flagrante	34
3.6 Situação do Tema no Direito Português	35
<b>4 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIOS</b>	<b>39</b>
4.1 Precedentes do STF	39
4.2 Precedentes do STJ	41
4.3 Análise da Jurisprudência	41
4.4 A Posição Doutrinária Restritiva	43
4.5 A Posição Doutrinária Permissiva	45
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>53</b>

## INTRODUÇÃO

No panorama atual brasileiro, é incontroverso que a legalidade administrativa não é, nem pode ser, apenas a submissão estrita da Administração às prescrições da lei, sob pena de a Administração contemporânea ficar atravancada, em razão de eventual ausência de normatização pelo Legislativo.

Hoje, a Constituição permite e impõe ao administrador que não fique ao aguardo de uma lei, para que então aja em defesa das previsões constitucionais.

A constitucionalização do Direito, acompanhada da força normativa da Constituição, permitem e impulsionam o administrador a tornar efetivas as normas constitucionais em sua maior dimensão possível.

Vê-se, portanto, uma mutação do princípio da legalidade administrativa no Direito Administrativo pátrio, que passou a se constituir num princípio de juridicidade, ou de constitucionalidade: a Administração deixa de ser vinculada exclusiva e necessariamente à existência prévia de lei, e passa a se pautar no direito como um todo, e, em especial na Constituição.

A vinculação dos atos administrativos não se faz mais com relação exclusivamente à lei, mas à Constituição e demais normas do ordenamento, gerando, outrossim, um novo parâmetro de vinculação do administrador.

Por isso, o administrador não só tem o poder, mas o dever de agir, ainda que não exista lei prévia a regular sua conduta, de modo a promover os objetivos fundamentais da República ou outro valor constitucional, ou tornar real uma disposição constitucional.

A prática da atividade pública oferece a todos constantes desafios, uma vez que a remansosa certeza da teoria técnica jamais é suficiente para atender as necessidades da realidade diária que enfrentam os gestores e os operadores jurídicos.

Um destes desafios é responder a uma questão que sempre surge: pode o Administrador, ou mesmo um colegiado administrativo, reconhecer a inconstitucionalidade e deixar por esse fundamento de aplicar uma norma vigente?

O tema não é novo e não encerra solução pacífica ainda.

Há correntes doutrinárias divergentes, umas defendendo que o Administrador pode reconhecer a inconstitucionalidade de certa norma e deixar com isso de aplicá-la ao caso concreto, enquanto que outras entendem que tal atividade seria o desempenho pelo Administrador de controle de constitucionalidade de leis.

O assunto é bastante oportuno e atual, vez que traz grandes controvérsias, e não apenas sob o atual ordenamento constitucional. E, nestas controvérsias, as posições adotadas são, na maioria das vezes, antagônicas.

Para tanto, o trabalho foi desenvolvido em quatro capítulos, tendo em conta o problema das arguições de inconstitucionalidade, sem que tenha havido ainda manifestação definitiva a respeito pelo Poder Judiciário.

Inicialmente, o primeiro capítulo relembra alguns princípios constitucionais mais afetos aos atos administrativos como os da legalidade, da autotutela e da supremacia da constituição.

O capítulo seguinte demonstra os aspectos da constitucionalidade das normas, da antinomia hierárquica e do julgamento administrativo.

O terceiro capítulo trata da inaplicabilidade de norma inconstitucional, dos efeitos da lei para a administração pública e da insegurança jurídica nas atividades da administração pública, diferencia o afastamento de norma da declaração de inconstitucionalidade, discorre sobre o descumprimento da lei inconstitucional pelo poder executivo e sobre o caso de inconstitucionalidade flagrante e apresenta ainda a situação do tema no direito português.

Importante destacar que a existência de elementos de direito estrangeiro não tem a intenção de utilizar-se do direito comparado; buscou-se apenas ilustrar os pontos de vista sobre os aspectos da pesquisa em que inseridos.

No quarto capítulo, são abordados os precedentes jurisprudenciais e as opiniões doutrinárias que trataram do tema em si para se ter um panorama geral em função dos diversos fundamentos apresentados, tendo como parâmetro as disposições constitucionais que podem, de um lado ou de outro, interferir no resultado.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa científica e o alcance dos fins propostos, foi utilizado o método indutivo que, conforme Cesar Luiz Pasold, é o método que busca “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”.<sup>1</sup>

A técnica consistiu na pesquisa bibliográfica, mediante busca em trabalhos publicados em livros e revistas especializadas, bem como em pesquisa jurisprudencial, tanto judicial quanto administrativa.

O presente trabalho de pesquisa se encerra com as conclusões finais, nas quais são apresentadas, de forma sintética, as resultantes das análises lançadas.

---

<sup>1</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: Idéias e Ferramentas Úteis para o Pesquisador do Direito**. 5. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2001. p. 87.

## 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Pela importância, não há como deixar de tratar dos princípios constitucionais, especialmente aqueles mais próximos aos atos administrativos.

Princípios, para Paulo de Barros Carvalho:

[...] aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença.<sup>2</sup>

A seguir, serão apresentados alguns princípios importantes ao tema.

### 1.1 Supremacia da Constituição

O argumento fundamental é a supremacia da Constituição frente a todos os atos legais e normativos que interferem na vida dos indivíduos. Diante disto, caberia a todos efetuarem esta fiscalização de constitucionalidade.

Veja-se Paulo César Conrado, afirmando que o Poder Judiciário não é o único titular da função controladora de constitucionalidade:

Com efeito, também a Administração (o Poder Executivo), através de seus órgãos, tem o dever-poder de zelar pela incolumidade da Constituição da República, quer por ato *ex officio*, quer por provocação do administrado, em grau, por exemplo, de procedimento administrativo. [...] a concepção de Estado de Direito, hoje, deve necessariamente compreender a submissão dos poderes estatais ao Direito, e não apenas à lei, considerada estritamente, o que quer significar que a Administração deve, antes de tudo, guardar absoluto respeito à Constituição, única forma de o valor da legalidade administrativa (que melhor seria chamada de *juridicidade*, pois que compreende o *Direito*, repise-se, e não a lei) ser preservado.<sup>3</sup>

Para Luiz Fernando Mussolini Júnior, o princípio da legalidade exige que se cumpra a lei, sobretudo a lei máxima que é a Constituição.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147.

<sup>3</sup> CONRADO, Paulo César. **Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 196.

<sup>4</sup> MUSSOLINI JÚNIOR, Luiz Fernando. **Os tribunais administrativos e a não aplicação de lei sob alegação de sua incompatibilidade com a Constituição**. Tributario.NET. São Paulo, 7 jul. 2003. Disponível em <<http://www.tributario.net>>. Acesso em 9 nov. 2013.

## 1.2 Legalidade

Um dos pilares do ordenamento jurídico brasileiro é o princípio da legalidade, prescrito no inciso II do artigo 5º da CRFB.

Conforme Paulo de Barros Carvalho, assume o papel de absoluta preponderância, vez que “efunde sua influência por todas as províncias do direito positivo brasileiro, não sendo possível pensar no surgimento de direitos subjetivos e de deveres corretos sem que a lei os estipule”.<sup>5</sup>

Clèmerson Merlin Clève dispõe que:

[...] no campo do direito interno, excetuados o direito internacional incorporado e os atos normativos anteriores recepcionados pela nova ordem constitucional (decreto-lei não revogado, por exemplo), apenas as emanações normativas em *forma* de lei complementar, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo (de uma das Casas ou do próprio Congresso), podem, originariamente, inovar a ordem jurídica. Esses atos ostentam a qualidade de lei.<sup>6</sup>

Conforme Alexandre de Moraes:

“tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei”.<sup>7</sup>

## 1.3 Autotutela

Através deste princípio, a Administração Pública pode anular seus próprios atos quando contenham vícios de legalidade, já consagrado pela jurisprudência, conforme a súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (STF):

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

<sup>5</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

<sup>6</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 68.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 69.

Assim, para Hely Lopes Meirelles:

*Controle administrativo* é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei. Sob ambos esses aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência.<sup>8</sup>

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, “invalidação é a supressão, com efeito retroativo, de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”.<sup>9</sup>

Este princípio foi positivado no artigo 53 da Lei nº 9.784/1999, em que a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade. Porém, o direito de petição também pode ser usado para esta provocação da autotutela, em defesa do administrado e da própria Administração, conforme Marcos Juruena Villela Souto:

Nada impede, pois, que o administrado provoque esse reexame, ainda que não previsto expressamente em lei. Ressalte-se, ainda, que, esgotadas as autoridades superiores, nada impede que, à última delas se formule pedido de “reconsideração da decisão”, já que o direito de petição tem sede constitucional, sendo uma oportunidade de se evitar a demanda judicial.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 579-580.

<sup>9</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 410.

<sup>10</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 198.

## 2 A CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

O ordenamento jurídico brasileiro é composto de um grande número de normas jurídicas, tendo por ápice a CRFB.

Evidente que na pesquisa científica, pode-se ainda perquirir a validade dessas, quando se chega à norma fundamental, que seria o fundamento de validade da normas constitucionais. Para Hans Kelsen, a norma fundamental é pressuposta lógico-transcendental. Não será uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, que será o fundamento de validade de uma ordem jurídica.<sup>11</sup>

Norberto Bobbio a tem como postulado, por ser o início de um sistema. Se tivesse um fundamento, não seria mais a norma fundamental. Se ainda assim se quisesse obter uma resposta, seria necessário sair do sistema jurídico.<sup>12</sup>

Para que se possa falar em ordenamento jurídico, deve se ter em mente sua complexidade, pelo grande número de normas que o compõem, além do que existem normas de conduta, que regulam o comportamento das pessoas, e normas de estrutura, que regula o modo pelo qual se devem produzir as normas. E estas normas existem em cada grau normativo.<sup>13</sup>

Apesar de sua complexidade, não há como deixar de defender sua unidade. Conforme Norberto Bobbio, se não se falar em unidade, não se poderia falar em ordenamento jurídico. Num ordenamento jurídico complexo, tem-se que há normas superiores e normas inferiores, mas sua unidade decorre de que cada ordenamento jurídico tem sua norma fundamental. Com a presença de normas superiores e inferiores, o ordenamento jurídico tem uma estrutura hierárquica. As normas inferiores buscam sua validade nas normas superiores, chegando-se às normas constitucionais.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 215.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 58.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 45-47.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 48-49.



## 2.1 Norma Inconstitucional – Antinomia Hierárquica

Tem-se como norma inconstitucional aquela que possui uma relação imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionais, conforme as palavras de Clèmerson Merlin Clève:

[...] a inconstitucionalidade (situação ou estado decorrente de um ou de vários vícios) pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou do seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional.<sup>15</sup>

Assim, o controle da constitucionalidade pressupõe a supremacia da Constituição, conforme Ronaldo Poletti:

[...] o tema do controle da constitucionalidade das leis, baseado no princípio da supremacia da Constituição, implica colocar a Carta Magna acima de todas as outras manifestações do Direito, as quais, ou são com ela compatíveis ou nenhum efeito devem produzir.<sup>16</sup>

A razão da supremacia constitucional foi resumida por Mauro Cappelletti:

A norma constitucional, sendo também uma norma positiva, traz, em si, uma reaproximação do direito à justiça. Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa – talvez impossível, talvez “faustiana”, mas profundamente humana – de transformar em direito escrito os supremos valores, a tentativa de recolher, de “definir”, em suma, em uma norma positiva, o que, por sua natureza, não se pode recolher, não se pode definir – o *Absoluto*. A justiça constitucional é a garantia desta “definição”; mas é também, ao mesmo tempo, o instrumento para torná-la aceitável, adaptando-a às concretas exigências de um destino de perene mutabilidade.<sup>17</sup>

Portanto, “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.

<sup>16</sup> POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 3.

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 130.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 579.

A inconstitucionalidade de uma norma significa uma antinomia encontrada no ordenamento jurídico. Norberto define antinomia como sendo “aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”, desde que ambas “pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”.<sup>19</sup>

Ainda conforme Norberto Bobbio, tendo o mesmo âmbito de validade, as antinomias podem ser chamadas ‘total-total’, na qual em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra; ‘parcial-parcial’, em que cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra e um campo de aplicação no qual o conflito não existe; e ‘total-parcial’, em que a primeira norma não pode ser em nenhum caso aplicada sem entrar em conflito com a segunda, já a segunda tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira.<sup>20</sup>

Destaca ainda que há outras situações que seriam mais bem denominadas de antinomias impróprias, mas com significado próprio. Numa delas, há a antinomia de princípios, quando um mesmo ordenamento jurídico se inspira em valores contrapostos.

A antinomia de princípios não pode ser considerada antinomia jurídica, mas pode dar lugar a normas incompatíveis.<sup>21</sup>

Outra situação é a antinomia de avaliação, que ocorre quando uma norma pune um delito menor com uma pena mais grave do que a infligida a um delito maior. Não existe neste caso uma antinomia em sentido próprio, mas que houve uma injustiça. De qualquer forma antinomia e injustiça pedem correção.<sup>22</sup>

Norberto Bobbio identifica os três critérios fundamentais para a solução das antinomias: os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 86-88.

<sup>20</sup> Ibid., p. 88-89.

<sup>21</sup> Ibid., p. 90.

<sup>22</sup> Ibid., p. 91.

<sup>23</sup> Ibid., p. 92.

O critério cronológico é aquele no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. Trata-se da regra em que a vontade posterior revoga a precedente, imaginando-se, no caso, a lei como a vontade do legislador.<sup>24</sup>

O critério hierárquico “é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior”. Assim:

Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força do seu poder normativo.<sup>25</sup>

Por fim, o terceiro critério é aquele em que, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda. É que:

[...] lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte de sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). [...] Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes e, portanto, numa injustiça.<sup>26</sup>

Entretanto, casos há que há conflitos entre tais critérios, em que “a aplicação de um critério dê uma solução oposta à aplicação do outro”, tratando-se de uma incompatibilidade de segundo grau, isto é, a “incompatibilidade entre os critérios válidos para a solução da incompatibilidade entre as normas”.<sup>27</sup>

No conflito entre o critério hierárquico e o cronológico, o primeiro prevalece sobre o segundo, “o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior”.

Para ele, “se o critério cronológico devesse prevalecer sobre o hierárquico, o princípio mesmo da ordem hierárquica das normas seria tornado vão, porque a norma superior perderia o poder, que lhe é próprio, de não ser ab-rogada pelas normas inferiores”.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 92-93.

<sup>25</sup> Ibid., p. 93.

<sup>26</sup> Ibid., p. 96.

<sup>27</sup> Ibid., p. 106-107.

<sup>28</sup> Ibid., p. 107-108.

No conflito entre o critério da especialidade e o cronológico, deve prevalecer o primeiro, “a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente”. No entanto, tal regra “deve ser tomada com uma certa cautela”, e “para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessária uma ampla casuística”.<sup>29</sup>

Entre o critério hierárquico e o da especialidade, Norberto Bobbio assevera que uma resposta segura é impossível, que ocorre no caso de uma norma superior geral incompatível com uma norma inferior especial. Reconhece que “a gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia, e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, do critério da especialidade”. Assim:

Teoricamente, deveria prevalecer o critério hierárquico: se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pode derogar os princípios constitucionais, que são normas generalíssimas, os princípios fundamentais de um ordenamento jurídico seriam destinados a se esvaziar rapidamente de qualquer conteúdo. Mas, a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva freqüentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional.<sup>30</sup>

Vistos os possíveis critérios para solução de antinomias em um ordenamento jurídico, *a priori* a coerência deste seria uma regra. Entretanto, destaca que a coerência não é condição de validade, mas sim condição para a justiça do ordenamento, que, em não ocorrendo, violam duas exigências fundamentais em que se inspiram os ordenamentos jurídicos: “a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)”. É que “onde existe duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as conseqüências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria”.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 108.

<sup>30</sup> Ibid., p. 109.

<sup>31</sup> Ibid., p. 113.

## 2.2 Presunção de Constitucionalidade dos Atos Normativos

José Afonso da Silva afirma que milita a presunção de constitucionalidade dos atos normativos, esta reforçada pela CRFB, no parágrafo 3º do artigo 103.<sup>32</sup>

Ronaldo Poletti explana a razão da presunção de constitucionalidade:

A presunção de constitucionalidade da lei decorre do processo legislativo de onde emanou. Na verdade, o Congresso Nacional a aprovou e, se assim o fez, submeteu-se ao crivo do exame das Comissões de Constituição e Justiça das duas Casas. Depois disso, uma vez aprovado pelo Congresso, o projeto de lei foi ao Presidente da República para a sanção ou veto. Ora, se o mais alto magistrado da Nação aderiu ao projeto, transformando-o em lei, foi porque, também, não o julgou contrário à Lei Maior, pois teria o dever de vetá-lo por inconstitucionalidade. Disso decorre a presunção da constitucionalidade da lei. Dois Poderes, presumidamente, zelosos estão a cancelar a sua validade. Para o outro Poder, o Judiciário, invalidá-la, afirmá-la nula e írrita, há de ter motivos fortes e certezas indiscutíveis, não frágil razão ou dúvidas perturbadoras.<sup>33</sup>

Em razão disso, Francisco de Assis Praxedes é patente, vez que “antes de ser eliminada a presunção de validade constitucional em acórdão da Corte Maior, nenhum órgão administrativo pode recusar aplicação à lei”.<sup>34</sup>

Kiyoshi Harada, portanto, ressalta que “o agente público deve sempre nortear a sua ação, presumindo a constitucionalidade das normas em vigor. Todas as leis são presumivelmente constitucionais até final pronunciamento do Judiciário”.<sup>35</sup>

Fátima Fernandes Rodrigues de Souza também ressalva que “até ser expelida do ordenamento por meio do controle concentrado exercido pelo STF, a lei goza de presunção de legitimidade, incorrendo o intérprete, e mesmo o Judiciário, não raras vezes, em erro quanto a sua desarmonia com o diploma supremo”.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 55.

<sup>33</sup> POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 106.

<sup>34</sup> PRAXEDES, Francisco de Assis. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 236.

<sup>35</sup> HARADA, Kiyoshi. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 368.

<sup>36</sup> SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 673.

Entretanto, para Ruy Barbosa Nogueira, a presunção de constitucionalidade é uma regra de hermenêutica, segundo a qual “não se deverão ter por inconstitucionais as leis ou atos do poder público, senão quando o sejam clara, inequívoca, literal e manifestamente colidentes com o texto constitucional”, e não “uma presunção para obstar a apreciação de inconstitucionalidade”.<sup>37</sup>

Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martínez López defendem, inclusive, a presunção absoluta da constitucionalidade no âmbito administrativo, impossibilitando a apreciação da argüição de inconstitucionalidades:

[...] Se, por acaso, a fundamentação do ato administrativo baseou-se em norma inconstitucional, o Poder que tem atribuição para examinar a existência de tal vício é o Poder Judiciário. Afinal, presumem-se constitucionais os atos emanados do Legislativo, e, portanto, a eles vinculam-se as autoridades administrativas. Ademais, prevê a Constituição que se o Presidente da República entender que determinada norma a contraria deverá vetá-la (CF, art. 66, § 1º), sob pena de crime de responsabilidade (CF, art. 85), uma vez que, ao tomar posse, comprometeu-se a manter, defender e cumprir a mesma (CF, caput, art. 78). Com efeito, se o Presidente da República, que é responsável pela direção superior da administração federal, como prescreve o art. 84, II, da CF/88 e tem o dever de zelar pelo cumprimento de nossa Carta Política, inclusive vetando leis que entenda inconstitucionais, decide não o fazer, há a presunção absoluta de constitucionalidade da lei que este ou seu antecessor sancionou ou promulgou.<sup>38</sup>

Também é a posição da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:

32. Não obstante, é mister que a competência julgadora seja exercida – como vem sendo até aqui – com cautela, pois a constitucionalidade das leis sempre deve ser presumida. Portanto, apenas quando pacificada, acima de toda dúvida, a jurisprudência, pelo pronunciamento final e definitivo do STF, é que haverá ela de merecer a consideração da instância administrativa.<sup>39</sup>

Dirceu Antonio Pastorello, frisando esta presunção, evidencia a forma pela qual o Chefe do Executivo pode deixar de aplicar uma lei, qual seja, a ação direta de inconstitucionalidade, por ser princípio de que o Estado não edita leis inconstitucionais, o que tem como consequência a presunção da constitucionalidade.

<sup>37</sup> NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da Interpretação e Aplicação das Leis Tributárias**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974. p. 40-41.

<sup>38</sup> NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. **Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 42-43.

<sup>39</sup> BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/CRF nº 439/96. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 13, p. 97- 103, out. 1996. p. 103.

A autoridade administrativa tem competência para emitir juízos de valor sobre um quadro fático apresentado e aplicar a lei que entenda aplicável, mas não tem competência para formular juízos sobre a conformidade da lei à Constituição com o objetivo de negar-lhe aplicação. Se o projeto poderia ter sido rejeitado por inconstitucionalidade pelo Legislativo e pelo Chefe do Poder Executivo, não cabe mais ao servidor subordinado dizer se a lei é ou não inconstitucional. Até porque “isto implicaria em transferir poderes para o porteiro da repartição, gerando um estado de caos social”.<sup>40</sup>

Por fim, importante ressaltar a afirmativa de Gilmar Ferreira Mendes sobre quando houver dúvida na constitucionalidade da lei:

Axioma incorporado do Direito americano recomenda que, em caso de dúvida, deve-se resolver pela legitimidade da lei, em homenagem ao princípio da presunção da constitucionalidade. Da mesma forma, no caso de dupla interpretação da lei, há de se preferir aquela que lhe assegure validade e eficácia.<sup>41</sup>

Em razão deste princípio, depois que a lei passou pelo crivo dos poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário pode afastar a presunção, pelo controle próprio.

### 2.3 O Julgamento Administrativo

Uma parcela dos juristas concluem pela possibilidade do julgador administrativo afastar norma legal que repute inconstitucional.

Neste contexto, James Martins observa que não pode a autoridade administrativa negar-se a discutir matéria constitucional. Caso tenha tal convicção, tem a obrigação, como servidora da lei, de fazer prevalecer a Constituição.

O entendimento conveniente de não examinar questões constitucionais desclassifica a autoridade administrativa como agente administrativo e como julgador.<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> PASTORELLO, Dirceu Antonio. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 529-531.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 284.

<sup>42</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 72-73.

Neste sentido também explicita Moisés Akselrad, segundo o qual, como as cláusulas pétreas da garantia do contraditório implicam em permitir que sejam suscitadas também no processo administrativo questões de constitucionalidade das normas sob discussão, obviamente que devem ser analisadas e julgadas, deixando de aplicar norma flagrantemente inconstitucional. Ressalva que tal dever atende ao dever de exame da legitimidade dos atos administrativos pela própria Administração, não implicando em declaração de inconstitucionalidade, privativa do Judiciário.<sup>43</sup>

Também para Dalton Luiz Dallazem a ampla defesa impõe o encargo ao julgador administrativo de apreciar as arguições de inconstitucionalidade que lhe são propostas:

Estando sujeitos ao regime jurídico-administrativo, devem os tribunais administrativos dar efetividade ao princípio da ampla defesa, apreciando a matéria constitucional articulada pelo administrado. Essa apreciação não é decorrente de “competência”, mas sim de ônus inerente à função administrativa, visto tratar-se de princípio constitucional que clama observância pela Administração. É, pois, o princípio da ampla defesa a norma que não só permite, mas impõe a apreciação de matéria constitucional pelos tribunais administrativos.<sup>44</sup>

Já no entender de Marçal Justen Filho, “ampla defesa significa ilimitação de defesa”, sendo assim necessária a apreciação exaustiva da defesa:

Há o dever do Estado de manifestar-se exaustivamente acerca de todas as defesas do particular. A imputação de inconstitucionalidade de ato normativo apresenta enorme relevância jurídica e se relaciona com direitos e garantias essenciais. Se a Constituição configura um conjunto de princípios, objeto de compromisso nacional, não se admite que os agentes públicos recusem ao particular as garantias ali previstas. Não se pode conceber uma democracia em que a invocação de ofensa à Constituição possa ser ignorada pelos agentes públicos.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> AKSELRAD, Moisés. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 420.

<sup>44</sup> DALLAZEM, Dalton Luiz. O princípio da ampla defesa e a “competência” dos tribunais administrativos para apreciar matéria constitucional. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 23, p. 118-127, abr./jun. 1998. p. 127.

<sup>45</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 25, p. 68-79, out. 1997. p. 77.



### 3 INAPLICABILIDADE DE NORMA INCONSTITUCIONAL

Como já se viu, todas as normas devem se amoldar à CRFB para que não incorram em vício de constitucionalidade. Assim, não devem ser aplicadas, para que prevaleça o texto constitucional.

E por esta razão devem os julgadores administrativos conhecer e, sendo o caso, prover recursos alegando inconstitucionalidades, nas palavras de Fernando Facury Scaff:

Observe-se que não se trata de *declarar a inconstitucionalidade*, mas de *deixar de aplicar a norma* por infringência à Constituição. Conseqüentemente a norma não é retirada do ordenamento jurídico, mas simplesmente não aplicada ao caso concreto.<sup>46</sup>

É neste sentido que Ronaldo Poletti informa: “o Executivo não decreta a inconstitucionalidade de lei, simplesmente não a cumpre, nega-lhe execução”.<sup>47</sup>

Contudo, conforme anota Celso Ribeiro Bastos:

[...] Tal sistema é inviável, nunca tendo sido adotado em parte alguma, por equivaler na prática à supressão quase que total da eficácia própria da lei. [...] Tal situação não permitiria ao direito cumprir a sua eminente função de garantidor da ordem, da paz, da tranqüilidade, que se expressa na presunção de legitimidade de todo ato público em geral. Ao conferir-se a qualquer um a competência de declarar uma lei inconstitucional, como escusa para o seu descumprimento, chegaríamos ao absurdo de ver o Executivo deixar de cobrar tributos, de efetuar prisões, de interditar estabelecimentos, toda vez que reputasse a lei como contrária à Constituição. [...] Por força da necessidade de ser efetivo, o direito passa por cima do princípio que a técnica jurídica impõe de somente acolher como norma jurídica aquela adotada segundo o disposto na norma superior, tanto do ponto de vista formal como sob o aspecto material ou substancial.<sup>48</sup>

O artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB garante o livre acesso ao Judiciário até para afastar ameaça de lesão de direito. Por que não invocar este preceito quando uma norma pareça inconstitucional ao indivíduo, em lugar de simplesmente ignorá-la? Não é esta a solução que a própria CRFB concede a todos?

<sup>46</sup> SCAFF, Fernando Facury. In MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 549.

<sup>47</sup> POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 148.

<sup>48</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 388.

É a solução adotada por Josaphat Marinho:

[...] quando o particular ou a autoridade entendem que uma lei ou um fato ferem a Constituição, devem usar o remédio nela previsto, e não se opor arbitrariamente ao que é expressão do Direito Positivo. Se a Constituição aponta, como em nosso sistema, a ação própria para defesa da competência do Executivo e do direito do particular, no apelo ao procedimento instituído se traduz a conduta regular. A resistência inadequada do particular não deve servir de pretexto ou de fundamento ao agente do Poder para ação semelhante, pois a este cabe dar exemplo de acatamento e prestígio à norma. A suspeita de invalidade ou de inconstitucionalidade não justifica o descumprimento da lei ou do ato normativo, quando se reconhece que só o Poder Judiciário declara formalmente a existência desse estigma. Admitir, portanto, a recusa de obediência a lei ou a ato, sem ser provocado o Judiciário e antes de sua decisão, importa em confundir *poder de interpretar*, para esclarecer competência, com *poder de julgar* a inconstitucionalidade, estranho ao Executivo. [...].<sup>49</sup>

Pode-se alegar que se trata de um ônus ao indivíduo. Para equilibrar tal situação, bastante oportuna a colocação de Vittorio Cassone em situação análoga:

A rigor, tais ônus devem ser suportados pelo administrado, já que fazem parte dos efeitos dos litígios, analogicamente ou comparativamente iguais aos prejuízos suportados pelo Poder Público, quando são apresentados pelo administrado recursos administrativos sob a alegação de exigência descabida ou com base em lei inconstitucional, e posteriormente confirmada a constitucionalidade.<sup>50</sup>

Despiciendo anotar que ônus imposto ao Poder Público significa, na mesma proporção, ônus imposto a toda a nação.

De qualquer forma, ainda que a tese possa ser bastante controvertida, a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de competência do STF a teor do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999 estaria sendo usurpada. Como já constou no início, no Direito Alemão esta modulação é utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão, vez que “o não atingimento do que a Constituição manda fazer seria ainda mais suportável do que a falta completa de uma norma”.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> MARINHO, Josaphat. **Leis Inconstitucionais e o Poder Executivo**. Brasília: Projecto, 1999. p. 84-85.

<sup>50</sup> CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. **Processo Tributário - Teoria e Prática**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 379.

<sup>51</sup> ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 462-463.

### 3.1 Efeitos da Lei para a Administração Pública

Alexandre de Moraes afirma que o princípio geral da legalidade, CRFB, artigo 5º, inciso II, aplica-se normalmente na Administração Pública:

[...] porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba.<sup>52</sup>

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.<sup>53</sup>

Ao tratarem do tema, tanto Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>54</sup>, quanto José Afonso da Silva<sup>55</sup> transcrevem em suas obras este trecho.

Há poucos anos, o Ministro Marco Aurélio, então Presidente do STF, só confirmou a aplicabilidade de tal preceito:

O presidente do STF, ministro Marco Aurélio, garantiu hoje (31/07) que o Poder Judiciário vai observar o contingenciamento orçamentário de R\$ 41,4 milhões proposto pelo presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, mas fará um estudo sobre a possibilidade de distribuir o corte, para que não afete apenas as obras em vários tribunais. “Mais do que nunca nós observamos aquela máxima: o administrador só pode fazer o que está autorizado por lei. Então, se a LRF direciona nesse sentido ela será observada e enquanto não declarada inconstitucional evidentemente ela tem que surtir efeitos”, afirmou Marco Aurélio, durante encontro com presidentes dos Tribunais Superiores e do TJDF.<sup>56</sup>

Evidentemente esta afirmativa foi efetuada na qualidade de Administrador Público, Chefe do Poder Judiciário, e não na função de juiz.

<sup>52</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 311.

<sup>53</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 82.

<sup>54</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 36.

<sup>55</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 428.

<sup>56</sup> MELLO, Marco Aurélio. **Presidente do STF diz que Judiciário cumprirá Lei de Responsabilidade Fiscal**. Supremo Tribunal Federal: Notícias, Brasília, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

### 3.2 Insegurança Jurídica nas Atividades da Administração Pública

Dirceu Antonio Pastorello, como já se destacou, vislumbrou o estado de caos social se o servidor subordinado pudesse dizer se a lei é ou não constitucional.

Assim, pode a lei ser inconstitucional segundo a interpretação do administrado, mas mesmo veiculado no contraditório, não pode o funcionário conhecer desta arguição.<sup>57</sup>

No mesmo sentido explanou Kiyoshi Harada:

Finalmente, é impossível ao servidor público praticar atos de ofício diariamente, sem que se presuma a constitucionalidade das normas em vigor. Se milhares de servidores fossem aplicar ou deixar de aplicar determinadas normas, por entender inconstitucionais, geraria um verdadeiro caos no seio da Administração, em razão da natural divergência de entendimento acerca da matéria. Por isso é conveniente que o agente público deixe de aplicar a lei somente após sua declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário.<sup>58</sup>

Também Marçal Justen Filho, ao defender a apreciação ampla da defesa, que em seu entender deve ser ilimitada<sup>59</sup>, como visto anteriormente, reconhece o problema da segurança jurídica e do Estado de Direito:

Esse enfoque deve nortear o estudo do tema da segurança jurídica. A vinculação do Executivo à lei destina-se também a promover a certeza e os valores jurídicos fundamentais. Reputar que o Executivo estaria autorizado a ignorar as leis, mediante invocação da inconstitucionalidade, traria enormes riscos. Poder-se-ia atingir resultado oposto ao pretendido. Haveria risco de o Executivo sobrepor-se ao Legislativo, ignorando a força vinculante das leis. Poder-se-ia destruir o Estado de Direito, retornando-se a um estado de coisas onde o aparato estatal não se sujeitava ao império da lei.<sup>60</sup>

Cumprido destacar que o risco do caos social, caos na administração, é, também, antítese à supremacia constitucional, defendida por Marcelo Martins Motta Filho, como já constou anteriormente.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> PASTORELLO, Dirceu Antonio. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 529-531.

<sup>58</sup> HARADA, Kiyoshi. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 368.

<sup>59</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. p. 76.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 78.

<sup>61</sup> MOTTA FILHO, Marcelo Martins. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 644-645.

Paulo Gonçalves da Costa Júnior, também vislumbra desvantagens:

a) a ingerência inconveniente ou indevida de um órgão do Executivo na competência do Legislativo, ao deixar de aplicar lei editada por este; b) a possibilidade desaconselhável de que os órgãos de determinado componente da República Federativa – União, Estado ou Município – emita julgamento sobre a legislação de outro; c) a falta de coerência nas atividades da Administração, que por parcela dos seus órgãos aplica determinadas normas mas por outra as declara inaplicáveis; d) a dúvida acerca da legitimidade de tribunal paritário no exercício de função típica de instância imparcial, o que é acentuado pelo fato de que o resultado das lides não afeta apenas a determinada parcela de administrados ali representada, mas também outros setores da coletividade, que poderiam reclamar assento legitimamente pela colocação em xeque das leis editadas pelos mandatários populares; e) inconveniência da possibilidade de que o Estado necessite se socorrer das vias jurisdicionais para que a eficácia de sua própria legislação seja mantida.<sup>62</sup>

### 3.3 Afastamento de Norma x Declaração de Inconstitucionalidade

À presunção de constitucionalidade somam-se, ainda, razões de segurança jurídica na cláusula da reserva de plenário.<sup>63</sup>

A exigência de maioria absoluta tem origem na jurisprudência norte-americana, conforme observa Clèmerson Merlin Clève.<sup>64</sup>

Conforme Ronaldo Poletti, a exigência do quórum objetiva “reforçar o sistema, a ordem jurídica fundada na lei, dando-lhe maior segurança e estabilidade, evitando as maiorias ocasionais, as flutuações de pequenas maiorias eventuais”.<sup>65</sup>

Ou, em outras palavras, conforme Marcelo:

A exigência de maioria qualificada para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto.<sup>66</sup>

<sup>62</sup> SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Fazenda. Tribunal de Impostos e Taxas. Processo administrativo. Competência do TIT para deixar de aplicar lei inconstitucional ou decreto ilegal. Acórdão SF 2.713/95. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 2, p. 108-138, nov. 1995. p. 136.

<sup>63</sup> Artigo 97 da CRFB: Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>64</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 85.

<sup>65</sup> POLETTI, Ronaldo. Op. cit., p. 196.

<sup>66</sup> CAETANO, Marcelo, *Direito Constitucional*, vol. II/417, item no 140, 1978, Forense, apud MELO, Celso. In BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 190.725-8/PR.

Do voto do Ministro Ilmar Galvão extraído do Recurso Extraordinário (RE) nº 190.725-8/PR, referindo-se ainda à reserva de plenário, vê-se:

A difusão pacífica dessa rotina constitui demonstração de que a norma sob exame não deve ser interpretada de modo literal, não se podendo perder de vista, ao revés, que sendo ela corolário do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, visa primordialmente a evitar que seja ele afetado por decisões que não traduzam a convicção do Tribunal, formada pela maioria expressiva de seus membros.

Assim, no âmbito do Poder Judiciário, mesmo para um caso concreto, para afastar a norma que se reputa inconstitucional, apenas se poderá fazê-lo se for observado o rito específico, que, como já visto, trata-se de um incidente no processo.

Decidiu o STF que “reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que, embora sem o explicitar, afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição”.<sup>67</sup>

Em razão disto, é possível se concluir que o afastamento de norma legal para o caso concreto, em razão de inconstitucionalidade, equivaleria a declarar a norma inconstitucional, declaração esta que seria uma declaração incidental de inconstitucionalidade.

Mesmo Antonio da Silva Cabral, afirma que “quando um juiz declara inconstitucional uma lei, está deixando de aplicá-la”.<sup>68</sup>

Não há como se afirmar que o “simples” afastamento para o caso concreto seria diferente de declaração de inconstitucionalidade.

Trata-se, isto sim, de eufemismo, visto que os efeitos, “no caso concreto”, são os mesmos. Portanto, afirmar que afastar a norma no caso concreto não é declaração incidental de inconstitucionalidade é um eufemismo, vez que, do contrário, toda a tese ruiria.

---

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 240.096-2/RJ. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: ... Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 6 nov. 2013.

<sup>68</sup> CABRAL, Antonio da Silva. **Processo Administrativo Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 63.

### 3.4 Descumprimento da Lei Inconstitucional pelo Poder Executivo

Em face do até aqui exposto, o controle repressivo compete em regra ao Poder Judiciário. Entretanto, discute-se a possibilidade da inexecução de lei pelo Poder Executivo.

Para Alexandre de Moraes, o Executivo, como os demais Poderes, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade, para o que deve observar, primeiramente, as normas constitucionais.

E assim, não há como se exigir do chefe do Executivo que cumpra uma lei que entenda flagrantemente inconstitucional. Neste caso, pode e deve negar-se cumprimento, sem prejuízo de posterior exame pelo Judiciário.<sup>69</sup>

Para Ronaldo Poletti, Lei inconstitucional não gera obrigação, nem cria direito. Qualquer pessoa pode negar-se a cumprir a lei inconstitucional. Esse direito pode ser exercido pelo Chefe do Executivo, quer pessoalmente, quer através de seus subordinados, expedindo-lhes, para isto, ordens através de decreto.<sup>70</sup>

E mais adiante, conclui que “a declaração de inconstitucionalidade, no sentido técnico-processual”. Portanto, “o Executivo não decreta a inconstitucionalidade de lei, simplesmente não a cumpre, nega-lhe execução”.

Depois ressalva que a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso também não ocorre no Judiciário, que seria reservada ao controle concentrado. No controle difuso, o Judiciário:

Nega-lhe aplicação por incompatibilidade com a Lei Maior. O Judiciário não anula, nem revoga a lei, nega-lhe eficácia por entendê-la inconstitucional. Ao fazê-lo, aplica a lei hierarquicamente superior. Na via incidental, o objeto da ação não reside na declaração de inconstitucionalidade. De igual maneira age o Executivo, pois a Constituição não atribui privativamente ao Poder Judiciário o dever de zelar pela execução da Constituição, mas a distribui a todos os Poderes do Estado. Isto é da tradição republicana. A competência é concorrente, não privativa.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 580.

<sup>70</sup> POLETTI, Ronaldo. Op. cit., p. 144.

<sup>71</sup> Ibid., p. 148.

Também Miguel Reale afirma que o Executivo tem o “poder- dever” de recusar aplicação às leis manifestamente inconstitucionais, sem necessidade de anterior manifestação do Poder Judiciário.

Trata-se da tutela da legalidade, relativamente “à defesa impostergável da ordem constitucional, que deve ser preservada contra tudo e contra todos, inclusive contra os abusos do legislador ordinário”.<sup>72</sup>

Traz motivos de ordem prática como fundamentos. Entende que não se justifica que interesses particulares devam prevalecer sobre as razões trazidas pelo governo, “constituindo-se situações irreparáveis, como tem ocorrido sobretudo em matéria de vencimentos e vantagens abusivamente conferidos a servidores públicos”.<sup>73</sup>

Portanto, o normal é que os interessados que se entendam lesados por este ato, acionem o Poder Judiciário, a fim de corrigir eventuais erros ou abusos cometidos.

Por outro lado, a manifestação de Josaphat Marinho, em texto escrito em 1984, comentando a alteração das Constituições pretéritas, com a inclusão da representação por inconstitucionalidade se “delineou, em sentido lógico e institucional, uma *esfera exclusiva de decisão*”. Assim, afrontaria a supremacia da Constituição ela “instituir procedimento especial como a representação, situá-lo na competência originária do mais alto tribunal do país, para, em seguida, permitir a interferência do Poder Executivo no reconhecimento de inconstitucionalidade”. Portanto, diante de possível vício de constitucionalidade, “ao Poder Executivo resta a alegação respectiva ou o pedido de interpretação, perante o Supremo Tribunal Federal, por intermédio do procurador-geral da República”. Não pode simplesmente, sob a própria autoridade, opor-se à observância da lei sem que isto configure “desrespeito à Constituição e usurpação de competência”.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 46.

<sup>73</sup> Ibid., p. 48.

<sup>74</sup> MARINHO, Josaphat. Op. cit., p. 80.



E, mais adiante, observa que a simples não aplicação da lei tida como inconstitucional desvaloriza a Constituição:

Cabe ver, porém, que esses argumentos não se harmonizam com a Constituição como um todo, um sistema; não a valorizam como instrumento normativo de aplicação imediata e geral; não a projetam com a imagem de garantia natural dos direitos subjetivos, ou confundem a posição e a responsabilidade do poder público, notadamente no âmbito administrativo, com a postura do particular, que defende direitos ou privados. Todas as faces dessa argumentação desfiguram ou enfraquecem a idéia de Constituição como lei superior, destinada, em princípio, à execução instantânea e voluntária, por adesão do espírito coletivo, em que se devem integrar os titulares do poder político organizado.<sup>75</sup>

E, com a finalidade de prestigiar a Constituição, Josaphat Marinho defende que tanto o particular quanto a autoridade entende que uma lei é inconstitucional, devem usar o remédio nela previsto, e não se opor arbitrariamente àquilo que é expressão do Direito Positivo. A conduta regular é o uso da ação própria para defesa da competência do Executivo e do direito do particular, apontados pela Constituição. Assim:

A resistência inadequada do particular não deve servir de pretexto ou de fundamento ao agente do Poder para ação semelhante, pois a este cabe dar exemplo de acatamento e prestígio à norma. A suspeita de invalidez ou de inconstitucionalidade não justifica o descumprimento da lei ou do ato normativo, quando se reconhece que só o Poder Judiciário declara formalmente a existência desse estigma. Admitir, portanto, a recusa de obediência a lei ou a ato, sem ser provocado o Judiciário e antes de sua decisão, importa em confundir *poder de interpretar*, para esclarecer competência, com *poder de julgar* a inconstitucionalidade, estranho ao Executivo.<sup>76</sup>

José Luiz de Anhaia Mello é defensor categórico do descumprimento da lei tida por inconstitucional, vez que “uma lei inconstitucional, não sendo lei, justamente por isso não pode ser cumprida. Uma lei deverá ser cumprida”.<sup>77</sup>

Já Paulo Bonavides não é favorável à recusa de aplicação pelo Executivo para as leis que se lhe afiguravam inconstitucionais, vez que, antes da via de ação, era remédio duvidoso.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> MARINHO, Josaphat. Op. cit., p. 84.

<sup>76</sup> Ibid., p. 84-85.

<sup>77</sup> MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 115.

<sup>78</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 294.

### 3.5 Caso de Inconstitucionalidade Flagrante

Defendendo seu ponto de vista, Gustavo Miguez de Mello, coloca:

É contrária ao Direito Natural, como seria o caso, por exemplo, de uma autoridade administrativa julgar uma questão referente à aplicação de uma lei, contrária à norma constitucional, aberrante e monstruosa, que determinasse dez anos de tortura e a execução física das minorias índias.<sup>79</sup>

O entendimento contrário ao ora sustentado seria formulado da seguinte maneira: as instâncias administrativas só aplicarão a Constituição se não houver norma legal dispondo em contrário.<sup>80</sup>

Conforme observa Paulo Márcio Cruz, “nos sistemas com alguma tradição, as previsões constitucionais são regulamentadas por leis complementares”.<sup>81</sup>

Se o Poder Legislativo houve por bem legislar em determinada matéria prevista na CRFB, exerceu sua função recebida do Poder Constituinte Originário. Cabe ao Poder Executivo respeitar esta função.

Entretanto, se o Poder Legislativo, por qualquer razão, não legislou em determinada matéria, é evidente que na aplicação ao caso concreto, o ato deve retirar sua validade diretamente da CRFB.

É importante ressaltar que exemplos de inconstitucionalidade, como os exarados por Gustavo Miguez de Mello acima, ao tratar de tortura e a execução indígena não têm como ser levados em consideração na análise da matéria.

São exemplos tão flagrantes de inconstitucionalidades que só se poderiam aflorar no ordenamento jurídico brasileiro em caso de ruptura institucional. Entretanto, em ocorrendo, a própria existência de contenciosos administrativos e judiciais deve ser analisada quando e se ocorrerem. Na história pátria há exemplo claro neste sentido.

<sup>79</sup> MELLO, Gustavo Miguez de. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 729.

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 730.

<sup>81</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 259-260.

Nos termos do artigo 150, parágrafo 4º, da Constituição de 1967, “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A Emenda Constitucional nº 1/1969, promulgada pela Junta Militar que então governava a nação, confirmou tal preceito no parágrafo 4º do artigo 153.

Entretanto, apesar da aparente manutenção da tripartição do Poder do Estado brasileiro naquele momento da história brasileira, no Ato Institucional nº 5/1968, constou que deveriam ser excluídos de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com ele e seus atos complementares, bem como seus efeitos.<sup>82</sup>

Portanto, exemplos extremos que somente caberiam em caso de ruptura institucional só devem ser apreciados sob as normas então vigentes. Não é o caso atual. Não é porque hipoteticamente possa sobrevir norma que determine a tortura de administrado<sup>83</sup> que os órgãos de contencioso administrativo ficam, desde logo, autorizados a conhecer de argumentos de inconstitucionalidades menos evidentes.

### **3.6 Situação do Tema no Direito Português**

O tema não é incontroverso apenas no sistema jurídico brasileiro. Assim, serão trazidas algumas anotações a respeito no âmbito do ordenamento jurídico português que, no presente trabalho, têm conotação ilustrativa.

Apesar de inicialmente ter sido contrário à tese, atualmente Rui Medeiros é favorável a esta possibilidade, limitada, entretanto, às autoridades superiores da Administração Pública.

Assim, reponderou a questão de que apenas os tribunais têm competência para desaplicar, no caso submetido à apreciação judicial, normas inconstitucionais.

---

<sup>82</sup> BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 3 nov. 2013.

<sup>83</sup> MELLO, Gustavo Miguez de. *In* MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). Op. cit., p. 729.

Portanto, entende que, através do princípio da subordinação da Administração à Constituição é possível “o reconhecimento de uma competência administrativa de fiscalização da constitucionalidade das leis e, mais concretamente, para a admissibilidade de rejeição das leis inconstitucionais”.<sup>84</sup>

Mais adiante, discorre que “uma tal visão não se harmoniza facilmente com o princípio, claramente consagrado no texto constitucional português em vigor, da vinculação de todos os poderes públicos à Constituição”.<sup>85</sup>

Também defende a inexistência de um rol taxativo de autorizados a interpretar a Constituição, vez que “a democratização do saber constitucional” tem, pelo menos, o mérito de afastar as concepções que assentam numa “aristocracia do saber e, em particular, do saber jurídico-constitucional pelo Tribunal”.<sup>86</sup>

E, para que não ocorra a anarquia administrativa, a decisão da não aplicação da lei inconstitucional deve ficar adstrita aos órgãos superiores, reservando-se a decisão da não aplicação da lei com fundamento na sua inconstitucionalidade ao cume da Administração.<sup>87</sup>

Aos subalternos também fica reservado o direito de representação, “devendo expor sua opinião sobre a inconstitucionalidade da lei ao superior hierárquico”. Entretanto, na hipótese dos “órgãos superiores da Administração vierem a concluir no sentido da validade da lei, o dever de aplicação da lei surge autonomamente do dever de obediência aos comandos hierárquicos”.<sup>88</sup>

Rui Medeiros destaca, entretanto, que as decisões da Administração nesta matéria sempre estarão sujeitas ao controle judicial, sujeitando-se assim à confirmação ou rejeição nos tribunais competentes. “E, desta forma, quem decide em última análise da constitucionalidade da lei são os tribunais”.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> MEDEIROS, Rui. **A Decisão de inconstitucionalidade: os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999. p. 167.

<sup>85</sup> Ibid., p. 168.

<sup>86</sup> Ibid., p. 183.

<sup>87</sup> MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 267.

<sup>88</sup> Ibid., p. 277.

<sup>89</sup> Ibid., p. 216-217.

Por outro lado, J. J. Gomes Canotilho caminha em sentido contrário. Analisa a questão, assim, sob os princípios da constitucionalidade e da legalidade. O princípio da constitucionalidade é a “eficácia directa dos preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias”, e o princípio da legalidade é “subordinação da administração à lei”.<sup>90</sup>

Os agentes administrativos deverão exercer o direito de representação às instâncias superiores hierarquicamente a respeito “das conseqüências da aplicação da lei, mas até a uma possível decisão judicial da inconstitucionalidade permanecerão vinculados às leis e às ordens superiores de aplicação dos órgãos colocados num grau superior da hierarquia”.<sup>91</sup>

À cúpula caberá exercer o “poder de substituição legal” objetivando a integração de “eventual inércia dos órgãos administrativos violadora de direitos, liberdades e garantias” ou a revogação do ato da administrativo que os lesione.<sup>92</sup>

Entretanto, os agentes administrativos poderão desobedecer a ordens concretas de aplicação de leis inexistentes, as violadoras dos direitos fundamentais quando implicarem na prática de crime.

Isto ocorreria quando a aplicação da lei afetaria o direito à vida ou integridade pessoal, direitos estes que nem em estado de sítio poderiam ser suspensos. Neste caso, os agentes administrativos se deparariam com o direito de resistência dos particulares.<sup>93</sup>

J. J. Gomes Canotilho destaca que a inexistência de um “poder de rejeição” não significa a impossibilidade, e, porventura, obrigatoriedade, de a administração lançar um “olhar preventivo” relativamente a leis cuja inconstitucionalidade é “evidente” ou altamente provável.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 405.

<sup>91</sup> Ibid., p. 405.

<sup>92</sup> Ibid., p. 405.

<sup>93</sup> Ibid., p. 405-406.

<sup>94</sup> Ibid., p. 406.

No entanto, o princípio da legalidade não se aplica de plano aos regulamentos e preceitos administrativos, não estando de todo vedada a desobediência, pelos agentes administrativos, quando tais atos violarem direitos, liberdades e garantias. Do mesmo modo entende quando se trata de leis pré-constitucionais ou quando o dispositivo “passou a ficar “enfraquecido” por decisões do Tribunal Constitucional no sentido da inconstitucionalidade do acto legislativo”.<sup>95</sup>

Também pondera sobre a possibilidade da “desaplicação do acto ostensivamente violador da essência dos direitos fundamentais” com posterior acesso ao Judiciário para o controle da constitucionalidade desta conduta administrativa relativamente ao ato que, em circunstâncias normais, seria vinculante para a administração.<sup>96</sup>

Rui Medeiros ainda destaca outros autores, exemplificando com Jorge Miranda, que possui uma opinião “adversa ao reconhecimento aos órgãos da Administração de qualquer poder de fiscalização da constitucionalidade; para Marcelo Rebelo de Souza, não reconhece a existência da possibilidade de a Administração Pública se recusar a obedecer” uma lei considerada inconstitucional, porque “não se afigura legítimo que um órgão da Administração Pública se substitua aos órgãos de fiscalização da constitucionalidade”.<sup>97</sup>

Também para João Caupers, vez que, com a promulgação pelo Presidente, só em casos excepcionais e apenas em matéria de direitos, liberdades e garantias seriam válidas as suspeitas de inconstitucionalidade por parte da Administração.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 406.

<sup>96</sup> Ibid., p. 406-407.

<sup>97</sup> *Apud* MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 160.

<sup>98</sup> Ibid., 225.

## 4 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS E DOUTRINÁRIOS

Buscando decisões na jurisprudência, colacionam-se alguns precedentes, nos quais os doutrinadores se fundamentaram para emitir suas conclusões com visões permissivas e restritivas sobre o tema.

### 4.1 Precedentes do STF

Do STF, ao julgar o Mandado de Segurança (MS) nº 16.003-DF, decisão de 30 de novembro de 1966, extrai-se o seguinte trecho do voto do Ministro Eloy da Rocha:

Conforme norma constitucional expressa [...], o Presidente da República, no ato da posse, presta o compromisso de “cumprir a Constituição da República, observas as suas leis ...”. Ora, o Presidente da República, que assumiu êsse compromisso, quando na presença de conflito entre a lei e a Constituição, não tem opção: não se pode recusar a cumprir a Constituição. Apresenta-se a objeção de que ao Presidente da República falta o poder de escolher entre a Constituição e a lei. Parece-me que assim não é. É verdade que, generalizada a tese, poderia haver abuso, mormente quando qualquer funcionário, igualmente, se julgasse com êsse mesmo poder. Mas não há lugar para a extensão. Pelo art. 78 da Constituição, o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República. A êste incumbe expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis. O funcionário integra as forças da ação administrativa, mas o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República. Não se conclui que o Presidente da República possa declarar inconstitucional a lei. Não o pode fazer. Essa declaração, sabidamente, compete, nos termos da Constituição, tão-só ao Terceiro Poder, o Poder Judiciário. Mas, entre a ausência de poder para a declaração de inconstitucionalidade da lei e o dever de cumprir a lei inconstitucional, existe distinção fundamental. O Presidente da República, o Poder Executivo, não é obrigado a cumprir a lei inconstitucional. É claro que, uma vez que não tem o poder de declarar a inconstitucionalidade, corre o risco de, com o propósito de cumprir a Constituição, inobservar a lei, em caso em que ela deva ser observada.

O STF também assim se manifestou na Representação nº 980-SP, decisão de 21 de novembro de 1979:

É constitucional decreto de Chefe de Poder Executivo Estadual que determina aos órgãos a ele subordinados que se abstenham da prática de atos que impliquem a execução de dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo. Constitucionalidade do Decreto nº 7.864, de 30 de abril de 1976, do Governador do Estado de São Paulo. Representação julgada improcedente.

Nesse julgamento, o Ministro Moreira Alves em seu voto, abalizou o voto do Ministro Eloy da Rocha no MS nº 16.003-DF, parcialmente transcrito acima. Fez menção a outros dois precedentes, com teor semelhante.

É importante destacar que nas constituições pretéritas não existiam as ações diretas de inconstitucionalidade nem declaratórias de constitucionalidade. O controle abstrato de lei ou ato normativo era exercido pelo STF mediante representação do Procurador-Geral da República, instituída pela Emenda Constitucional nº 16/1965 e mantida na Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1/1969.

Deve se ressaltar ainda a existência do Recurso em Mandado de Segurança (RMS) nº 8.372/CE, julgamento em 11 de dezembro de 1961 pelo STF, onde ficou consignado que:

Entendeu o julgado que o Tribunal de Contas não podia declarar a inconstitucionalidade da lei. Na realidade essa declaração escapa à competência específica dos Tribunais de Contas. Mas há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado.

O STF aprovou, ainda, em 13 de dezembro de 1963, a Súmula nº 347: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público.<sup>99</sup>

Manifestação do STF sob o atual ordenamento constitucional se deu no julgamento da Medida Cautelar em ADIn nº 221/DF, de 29 de março de 1990:

O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.

Observa-se que a ementa, baseada no voto do Ministro Relator Moreira Alves, deixa claro que a determinação dos Chefes dos Poderes Executivo e Legislativo para que seus órgãos subordinados deixem de aplicar os atos tidos como inconstitucionais deve ser analisada sob o manto da atual legitimidade ativa para proposição de ações diretas de inconstitucionalidade.

---

<sup>99</sup> Nos autos do MS no 25.888, o Ministro Relator Gilmar Mendes deferiu medida liminar enfatizando que esta súmula deveria ser reanalisada sob a CRFB, em função da mudança radical havida no controle abstrato de constitucionalidade e a ampliação do rol de legitimados a iniciarem-no. Para o Relator, parece intuitivo a redução da amplitude do controle difuso.



## 4.2 Precedentes do STJ

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), através de sua 1ª Turma, no Recurso Especial (REsp) nº 23.121/GO, de 6 de outubro de 1993, decidiu que: Lei Inconstitucional – Poder Executivo – Negativa de Eficácia. O Poder Executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional.

Do voto do Ministro Relator Humberto Gomes de Barros:

Diante de ato legislativo em que percebe ilegalidade, a Administração coloca-se na alternativa: a) executa a lei, desprezando a Constituição; b) homenageia a Constituição, desconhecendo o preceito legal. Parece-me que esta última opção é a correta.

Direto, sem meias palavras. Mais adiante, o Ministro Milton Pereira, em voto-vista, apóia-se em julgamentos anteriores, do STF, inclusive a Representação nº 980/SP, retrocitada. Observa-se, entretanto, que todos eles ocorreram sob o manto das constituições pretéritas e, como já se ressaltou no início deste tópico, todos os julgados se referem à capacidade do Chefe do Poder Executivo desprezar a lei frente à Constituição.

## 4.3 Análise da Jurisprudência

Como já ressaltado, a grande maioria das decisões do STF admitindo a inexecução de lei tida por inconstitucional se deu sob constituições pretéritas. Em todas elas, entretanto, a inexecução sempre se deu pelo Chefe do Poder Executivo.

Registre-se que no caso do RMS nº 8.372/CE, quem deixou de aplicar norma tida por inconstitucional foi o Tribunal de Contas da União, o que foi chancelado pelo Relator.

Ficou assentado que se tratou de norma revogada, e a suprema Corte já havia declarado a constitucionalidade da norma revogadora. Como não há maiores informações sobre os problemas existentes na norma afastada, não é o melhor precedente para embasar qualquer estudo jurídico com profundidade. O próprio voto do Ministro Relator não apreciou a matéria, que foi tratada em singelos três parágrafos.

Assim, a única manifestação do STF sob a atual Carta, medida liminar na ADIn nº 221-0/DF, não foi conclusiva, ressaltando a competência do Presidente da República em propor o controle concentrado de constitucionalidade e que, sob este enfoque o tema deveria ser reanalisado. Já o STJ, em sua decisão prolatada no REsp nº 23.121/GO, escudou-se em precedentes do STF.

Justificando as razões da possibilidade do Executivo negar cumprimento a uma decisão legislativa, Gilmar Ferreira Mendes afirmou que sob a Constituição pretérita, o entendimento firmado pelo STF acerca da constitucionalidade de decreto do Chefe do Poder Executivo estadual determinando a abstenção da prática de atos que implicassem execução de leis vetadas por falta da iniciativa exclusiva do Poder Executivo, tratava de hipótese inequívoca de inconstitucionalidade, razão pela qual não se baseava em simples inconformismo de um Poder em relação ao outro. “Ao contrário, a Corte vislumbrou aqui uma situação de autodefesa de prerrogativa que a Constituição conferia ao Executivo para melhor atender ao interesse público”.<sup>100</sup>

Portanto, não se tratou apenas de afastamento de norma por inconstitucionalidade, mas situação de autodefesa tendo em vista, inclusive, a harmonia e independência entre os Poderes.

Na decisão exarada pelo STJ, não se conseguiu vislumbrar quem era a autoridade do Executivo que negou vigência à lei. No entanto, vislumbra-se que esta autoridade tenha sido o próprio Governador do Estado ou o Procurador-Geral do Estado, vez que do relatório do REsp nº 23.121-1/GO constou que se tratava de concessão de Mandado de Segurança pelo Tribunal de Justiça de Goiás, o que indica que se tratou de decisão em competência originária, e não recursal.

Nos termos da Constituição do Estado de Goiás, “compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente o mandado de segurança contra ato do Governador e do Procurador-Geral do Estado”.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 326.

<sup>101</sup> Artigo 46, inciso VIII, alínea g.

Além do mais, o voto-vista do Ministro Milton Pereira transcreve trechos da manifestação recursal do Estado, de onde se extrai:

Vislumbrando aí uma vinculação proibida pelo art. 37, inciso XIII da Constituição Federal, a Administração negou cumprimento ao citado dispositivo, mesmo porque a sua inconstitucionalidade, bem como a de outros dispositivos legais desta unidade federativa, já haviam sido argüidos pelo Sr. Governador do Estado, em Ação Direta de Inconstitucionalidade no 464-6, [...].

Portanto, tudo indica que não se tratou de, pura e simplesmente, negativa de vigência à lei estadual sob a alegação de sua inconstitucionalidade, tal qual ocorreu sob o manto das constituições pretéritas, sendo exemplo a Representação no 980/SP.

Estando correta a peça recursal, houve a propositura de ADIn, não ficando claro se prévia, concomitante ou posteriormente à ação judicial objeto do REsp no 23.121-1/GO.

#### 4.4 A Posição Doutrinária Restritiva

Para entender o que pensam os juristas que defendem que não pode o gestor recusar a aplicação de uma lei que entenda inconstitucional, Cassone & Cassone traz fragmento de conferência do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello:

Eis a razão – e aqui termino – pela qual entendo que (e gostaria que fosse o contrário) num processo administrativo tributário não pode ser discutida a constitucionalidade da lei: porque este tribunal é um tribunal administrativo e um tribunal administrativo se aloca no plano sublegal; e por se aloca no plano sublegal, ele não tem poderes para contender aquilo que resulta da lei.<sup>102</sup>

Da mesma obra, ainda, consta um trecho de conferência do Ministro do STF Moreira Alves, onde o jurista ensina:

O que sucede é isto: a Administração está sujeita ao princípio da legalidade. Tudo isso está a indicar que não tem sentido admitir-se que qualquer funcionário possa deixar de aplicar a lei por entendê-la inconstitucional, até mesmo porque o que nós temos é um contencioso administrativo. E administrativo mesmo. Nós não temos um contencioso administrativo com poder jurisdicional.<sup>103</sup>

<sup>102</sup> CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. **Processo Tributário - Teoria e Prática**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 57.

<sup>103</sup> Ibid., p. 59.

Hely Lopes Meirelles tece uma série de sentenças limitadoras da ação do administrador, referindo dentre outras coisas que o particular tudo pode, com limite na lei, enquanto que a Autoridade nada pode, exceto o permitido por lei. Antigo axioma, a propósito. Curiosamente encerra a página com a seguinte reflexão:

Cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A Administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.<sup>104</sup>

Evidentemente o saudoso mestre abraçava nesta assertiva a visão mais larga sobre Administração Pública e supremacia do interesse público, legitimando também a mais moderna inteligência que dá conta de que os princípios são os indicadores da finalidade das normas ao mesmo tempo em que são como que o 'colágeno' que as flexibiliza. Contudo, toda a sustentação que erigiu linhas antes só nos permite entender da sua obra que a via da decisão administrativa é estreita e limitada na escala de legalidade. Embora com essa reflexão progressista.

É de se inferir, portanto, nesta ótica, que a Autoridade Administrativa não tem o poder de julgar uma lei inconstitucional e assim deixar de aplicá-la, debate este que seria da competência exclusiva dos entes que detém Poder de Controle de Constitucionalidade, seja preventivo ou repressivo. Assim, o fundamento mais evidente desta negativa reside no fato de que o Administrador, enquanto agente executor da prescrição ou da permissão da norma positiva, não pode se atribuir poder superior ao concedido a ele pela norma, para com isso rejeitá-la e afastá-la. Também fundado no princípio da legalidade, não foi dado ao gestor público por nenhum diploma legal (notadamente pela Carta Republicana) poder expresso de controle de constitucionalidade.

Neste caminho, a Administração não poderia julgar inconstitucional uma lei e deixar de aplicá-la por este fundamento, pois estaria adstrita, em plano sublegal, ao cumprimento estrito das normas vigentes, não lhe cabendo controle de constitucionalidade.

---

<sup>104</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 88.

#### 4.5 A Posição Doutrinária Permissiva

Noutra banda, há entendimento diametralmente oposto. O constitucionalista brasileiro Alexandre de Moraes posiciona-se de maneira mais radical sobre o tema, entendendo que é possível sim que o Chefe do Executivo se negue, de forma lícita, a executar norma que repute inconstitucional invertendo a lógica e submetendo-se ao risco de ter que responder judicialmente pela negativa (ao invés de ir antes a Juízo questionar a lei).

Defende que por ser ato de gravidade institucional, deve ser limitado ao chefe do Executivo e não aos demais servidores do ente. Chama o apoio do jurista Elival da Silva Ramos e de decisão da Suprema Corte, STF – MC na Adin 221/DF – onde se decidiu:

Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado como o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade – podem tão-só determinar a seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.<sup>105</sup>

Alcançamos ainda a oportunidade de ouvir opiniões abalizadas no sentido de que, em seu ofício de decidir pela aplicação de normas em casos concretos, o administrador muitas vezes se verá diante de um conflito aparente de normas, sendo uma de origem constitucional e outra infraconstitucional, pelo que resolveria aplicar a norma constitucional uma vez ser esta norma de hierarquia superior à letra legal. Típico caso de conflito solucionável pelo critério hierárquico.

A propósito disso, Maria Sylvia Zanella di Pietro diferencia com clareza os espectros das atividades executiva e jurisdicional, atribuindo a ambos, ao Judiciário e ao Executivo, a aplicação das normas aos casos concretos, sendo que no caso do Judiciário este visa solucionar conflitos de interesses e exercer a aplicação coativa da lei, notadamente quando esta encontra resistência no plano fático e mediante prévia provocação do interessado; enquanto que o Executivo visa a realização de atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, delimitados ou determinados na norma.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 702.

<sup>106</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 50.

Neste escopo, ganha sentido na concretude da vida a posição que defende que o administrador, cedo ou tarde, se deparará com a incidência de duas normas escritas e contraditórias em dado caso concreto que deve este resolver.

Pelo que, exercendo a exegese de quem executa a Lei, se verá o gestor na obrigação de optar entre uma norma em detrimento de outra, usando para isso do processo de solução de conflito aparente de normas de que dispomos hoje, no caso, do critério hierárquico, quando uma norma conflitante seja de magnitude constitucional e a outra seja infraconstitucional.

Em 1999, o professor Rodrigo Lopes Lourenço, já pregava:

Depara-se, então, um órgão público, não-vestido na função jurisdicional do Estado, com a dificuldade decorrente de, em determinado caso, dever ser aplicado um comando jurídico que, a seu ver, é contrário à regra constitucional. Sabemos, e ninguém estranha, que os órgãos jurisdicionais, no exercício do controle concreto de constitucionalidade não só podem como devem deixar de aplicar regras infraconstitucionais que repute contrárias à Lei Maior. A questão, no Brasil, não oferece qualquer dificuldade porque nosso método de controle concreto de constitucionalidade já é secular. As pessoas naturais e as jurídicas de direito privado, se não cumprirem um preceito legal, estarão sujeitas às respectivas sanções, como já se afirmou. Entretanto, se estiverem absolutamente convictas da inconstitucionalidade do comando desacatado, poderão recusar-lhe o cumprimento, porquanto, se compelidas a fazê-lo, ajuizarão ações apontando respectiva contrariedade à *Lex Legum*. Permanece a questão: os órgãos públicos não-jurisdicionais dos Poderes Legislativo e Executivo podem deixar de aplicar uma norma por entenderem que a mesma contraria a Constituição? A norma contida no caput do art. 37 da Constituição da República submete a Administração Pública ao princípio da legalidade, isto é, deve a mesma obedecer ao ordenamento jurídico positivo. Entretanto, é inquestionável que, acima do dever de obedecer a regras infraconstitucionais, há a missão de acatar os princípios e comandos da Lei Maior. Em outras palavras, a atividade administrativa do Estado tem a obrigação de, antes de acatar o princípio da legalidade, curvar-se ao da constitucionalidade. Aplicar preceito infraconstitucional contrário à Carta Magna apenas porque está vigendo é menoscar a *Lex Legum*. Se os órgãos públicos investidos na função jurisdicional e até as pessoas naturais e jurídicas de direito privado podem desobedecer a normas inconstitucionais, as mesmas razões estão presentes para que também o façam os demais órgãos estatais. Entendemos, pois, que é possível, independentemente de decisão jurisdicional, a não-aplicação de norma reputada inconstitucional por qualquer órgão estatal. Por conseguinte, são competentes todos os órgãos políticos, ainda que não integrem o Poder Judiciário, para determinarem a seus órgãos administrativos subordinados o não-cumprimento de atos normativos que repute inconstitucionais. Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Revista Trimestral de Jurisprudência 94/496 e 151/331).<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 76.

A atuação do administrador, neste sentido, não deixa de ser uma forma de controle concreto de constitucionalidade, só que de um tipo que parece agora aonde não se esperava encontrá-lo: na ponta da corrente estatal. Especialmente porque vão por terra, agora, os argumentos que contestavam esse poder do executor das leis.

Note-se que não se trata de exercer controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, pois o administrador não afasta a norma do cenário jurídico com efeitos *erga omnes*; Note-se que também não é caso de controle concreto difuso, dado ao Judiciário no julgamento das causas que lhe são submetidas, pois não se vence a inércia por provocação, nem se trata de caso de conflito de interesses judicializado.

Trata-se de simples interpretação e aplicação, pelo gestor competente para realizar as finalidades do Estado naquele caso concreto e específico, das normas incidentes e dos princípios gerais de direito a elas afetos.

E vem, a propósito, o entendimento do STF:

RE 403205 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 28/03/2006

Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. ICMS. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO. PROTOCOLO INDIVIDUAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PUBLICIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Falta aos incisos XIII e LVII do art. 5º, da Constituição Federal o devido prequestionamento (Súmulas STF nos 282 e 356). 2. O Poder Público detém a faculdade de instituir benefícios fiscais, desde que observados determinados requisitos ou condições já definidos no texto constitucional e em legislação complementar. Precedentes do STF. 3. É dever da Administração Pública perseguir a satisfação da finalidade legal. O pleno cumprimento da norma jurídica constitui o núcleo do ato administrativo. 4. Concessão de benefício fiscal mediante ajuste entre Administração Pública e administrado. "Protocolo individual". Instrumento de intervenção econômica que impõe direitos e obrigações recíprocas. Dever jurídico da Administração Pública de atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma. 5. Princípio da razoabilidade. Hipótese que carece de congruência lógica exigir-se o comprometimento da Administração Estadual em conceder benefício fiscal presumido, quando a requerente encontra-se inadimplente com suas obrigações tributárias. 6. Violação ao princípio da publicidade não configurada. Negativa de celebração de "protocolo individual". Incontroversa existência de autuações fiscais por prática de infrações à legislação tributária estadual. Interesse preponderante da Administração Pública. 7. Recurso extraordinário conhecido e improvido.

Interpretando a lição, quando a Egrégia Corte diz “É dever da Administração Pública perseguir a satisfação da finalidade legal. O pleno cumprimento da norma jurídica constitui o núcleo do ato administrativo”, pressupõe que a lei atende à Constituição e satisfaz a sua finalidade, e também que não se pode conceber uma lei que busque finalidade injusta ou inconstitucional.

No mesmo alcance, quando o STF escreve que é “Dever jurídico da Administração Pública de atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma.”, pretende-se ler que jamais é “interesse público legislado” realizar atividade inconstitucional, visto que, ao contrário, legislador e gestor devem sim pautar suas condutas atuando nos limites do que a decisão soberana do povo, reunido em assembléia constituinte, estatuiu como princípios e fundamentos mínimos da República, inclusive e especialmente quando se tratar de limitação ao poder de tributar ou de impor restrições aos direitos e garantias fundamentais.

Essa forma de ver tais relações normativas ao que parece encontra algum apoio também em José Afonso da Silva:

Por aí se vê que legitimidade e legalidade nem sempre se confundem. Lembra bem D'Entreve: "Legalidade e legitimidade cessam de identificar-se no momento em que se admite que uma ordem pode ser legal mas injusta". Propõe, por isso, a recuperação do liame entre legalidade e legitimidade, sob bases diferentes, a partir do abandono da noção puramente formal da legalidade, definindo-a como "ações necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana", como quer nossa Constituição (art. 1º, III), pois o "princípio da legalidade não exige somente que as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas". Ele exige que elas sejam conformes a certos valores, a valores necessários "à existência de uma sociedade livre", tarefa exigida expressamente do Estado brasileiro (art. 3º, I). Enfim, no dizer ainda de D'Entreve, legalidade e legitimidade não podem identificar-se senão quando a legalidade seja a garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana. Dentro desse contexto, cabem as observações de Norberto Bobbio, segundo o qual legalidade e legitimidade são atributos do poder, mas são duas qualidades diferentes deste: a legitimidade é a qualidade do título do poder e a legalidade a qualidade do seu exercício. "Quando se exige que um poder seja legítimo, pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo; quando se invoca a legalidade de um poder, indaga-se se ele é justamente exercido, isto é, segundo as leis estabelecidas. O poder legítimo é um poder, cujo título é justo; um poder legal é um poder, cujo exercício é justo, se legítimo".<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 709.



O princípio da legalidade de um Estado Democrático de Direito assenta numa ordem jurídica emanada de um poder legítimo, até porque, se o poder não for legítimo, o Estado não será Democrático de Direito, como proclama o artigo 1º da CRFB. Fora disso, haverá possivelmente uma legalidade formal, mas não a realização do princípio da legalidade.

Lilian Rosemary Weeks cita na mesma linha a lição de Bonavides:

Paulo Bonavides aborda o tema da legalidade e da legitimidade explicando que a legalidade impõe ao Poder Público um atuar em conformidade com o ordenamento jurídico, com as disposições constitucionais, com as normas vigentes, respeitando a hierarquia das leis. Já a legitimidade questiona a justificação e os valores do poder legal. A legitimidade tem inserido em seu conceito as crenças de uma sociedade, em determinado momento, que influem na sua aceitação ou repúdio de questões relacionadas à política. A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração, explica o mestre.<sup>109</sup>

Ele ensina que a legalidade de um regime democrático é o seu enquadramento nos moldes de uma constituição observada e praticada.

---

<sup>109</sup> WEEKS, Lilian Rosemary. **O Controle da Constitucionalidade da Norma**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 56.

## CONCLUSÃO

As conclusões que se seguem têm como base o escopo almejado no presente trabalho, buscando uma exposição objetiva obedecendo a ordem de estudo.

Observar a constitucionalidade das normas tem como pressuposto a hierarquia das normas, tendo como ápice a Constituição, à qual todas devem se amoldar, formal ou materialmente.

A inconstitucionalidade é uma antinomia entre normas, que deve ser solucionada pelo critério hierárquico, que mesmo quando em conflito com os critérios cronológico e da especialidade, deve prevalecer, conforme Norberto Bobbio.

Como a defesa da Constituição compete a todos os Poderes, há quem entenda que o Chefe do Poder Executivo pode negar cumprimento à lei que entenda inconstitucional. Entretanto, por outro lado, há quem entenda que, se existir a possibilidade do controle concentrado, para que o Chefe do Poder Executivo possa descumprir a lei, deve propor a medida perante a Corte Constitucional. Nesta hipótese se está prestigiando a Constituição, mediante uso do remédio que ela mesma indica.

A grande maioria das manifestações judiciais a cargo do STF sobre a inexecução de lei pelo Chefe do Poder Executivo, quando a entenda inconstitucional, se deram sob Constituições pretéritas, quando o controle concentrado tinha como titular da sua iniciativa apenas o Procurador-Geral da República.

Houve um caso sob a Constituição de 1988, favorável à possibilidade, mas em que ficou consignado que o assunto deveria ser mais bem estudado em função da ampliação do rol de legitimados a iniciarem o processo de controle concentrado.

Mesmo com a tripartição do poder do Estado, a evolução tem exigido maiores atribuições do Poder Executivo, que está se hipertrofiando para governar. Cabe à Administração Pública o princípio da autotutela, mediante o qual ela revisa seus próprios atos quando contenham vícios.

Neste caso, tal exercício ocorre também no âmbito do processo administrativo. Entretanto, na análise de vícios havidos nos próprios atos, neles se insere eventual inconstitucionalidade da lei que lhe dá suporte.

O neoconstitucionalismo, como um conjunto de transformações ocorridas no âmbito do direito constitucional contemporâneo, inaugurou nova fase na interpretação não só desse ramo do Direito (Administrativo), mas também de todos os demais ramos.

A filtragem constitucional, aliada à ascensão da normatividade dos princípios, permite uma releitura das normas que regem a ação estatal em geral, e o princípio da legalidade em especial.

Nesse sentido, a legalidade administrativa representa hoje não mais a mera vinculação do administrador à lei, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo e, em especial, à Constituição.

De mera condição, a Constituição deve ser vista também como limite à atuação do administrador, gerando suas normas um poder-dever de implementação à Administração. Assim, a legalidade administrativa pode ser tratada como juridicidade.

Não se deve nunca olvidar que, em dado caso concreto especialíssimo, a aplicação reta de determinada norma literal causará solução exatamente contrária a certa letra literal, princípio e mesmo a um “objetivo” constitucional.

Negar ao Aplicador da lei a possibilidade de adequar a norma legal genérica e abstrata a certo caso concreto de sua competência, ou mesmo afastá-la por exceção, para que melhor atenda ao fim social a que se destina esta mesma norma, sob as luzes mais fortes dos princípios que a própria sociedade elegeu como basilares de sua constituição enquanto Estado e Nação, é proibir a própria essência e a razão da existência de um Estado democrático, plural, solidário e fraterno.

Diante disso, pode-se afirmar que a Administração pode atuar, ainda que na ausência de lei, para a implementação de certos interesses constitucionalmente consagrados e dos direitos fundamentais, haja vista a importância destes na estrutura constitucional, apresentando os últimos autêntica superioridade axiológica em relação às demais normas do ordenamento jurídico.

A ação estatal consoante diretamente as diretrizes constitucionais tem em vista conferir a maior efetividade possível às normas constitucionais e, ao mesmo tempo, permite ao administrador uma missão consentânea com as expectativas da coletividade.

Dessa forma, tem-se, de um lado, a busca da maior satisfação possível dos direitos e garantias constitucionais, sem que, de outro lado, haja violação às diretrizes basilares da Administração Pública.

Com todas as vênias, em muitos casos concretos a legalidade cederá lugar à razoabilidade, que como juiz do conflito de princípios aponta para a preponderância do interesse público, a reinar com maior poder no caso em concreto onde a solução primária dada por uma lei contrária à Constituição se mostre atentatória ao interesse público ou às salvaguardas individuais estabelecidas pela parte imutável do texto constitucional.

De maneira que, assim posto, não assombra mais o tema e se pode afirmar com tranquilidade e com bons fundamentos que, sempre em vistas de caso concreto, com os cuidados legais necessários, pode o Administrador afastar a incidência de uma lei que entenda inconstitucional, deixando assim de aplicá-la.

O tema comporta maior aprofundamento, não só pela sua relevância, como também por poder alcançar outros ramos jurídicos e todas as atividades que os indivíduos tenham necessidade da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 3 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/CRF nº 439/96. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 13, p. 97-103, out. 1996.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 190.725-8/PR. Recorrente: União Federal. Recorrido: Relator p/o Acórdão: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 27 de junho de 1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 6 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 240.096-2/RJ. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrida: ... Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 6 nov. 2013.

CABRAL, Antonio da Silva. **Processo Administrativo Fiscal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSONE, Vitorio; CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. **Processo Tributário - Teoria e Prática**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONRADO, Paulo César. **Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais Administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

DALLAZEM, Dalton Luiz. O princípio da ampla defesa e a “competência” dos tribunais administrativos para apreciarem matéria constitucional. **Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 23, p. 118-127, abr./jun. 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Ampla defesa e conhecimento de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade no processo administrativo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 25, p. 68-79, out. 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARINHO, Josaphat. **Leis Inconstitucionais e o Poder Executivo**. Brasília: Projecto, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Processo Administrativo Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de inconstitucionalidade: os Autores, o Conteúdo e os Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade da Lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da Separação de Podêres à Guarda da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Marco Aurélio. **Presidente do STF diz que Judiciário cumprirá Lei de Responsabilidade Fiscal**. Supremo Tribunal Federal: Notícias, Brasília, 31 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 19 out. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **O Poder Executivo e o Poder Legislativo no Controle de Constitucionalidade. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MUSSOLINI JÚNIOR, Luiz Fernando. **Os tribunais administrativos e a não aplicação de lei sob a alegação de sua incompatibilidade com a Constituição**. Tributario.NET. São Paulo, 7 jul. 2003. Disponível em <<http://www.tributario.net>>. Acesso em 9 nov. 2013.

NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. **Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado**. São Paulo: Dialética, 2002.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Da Interpretação e Aplicação das Leis Tributárias**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: Idéias e Ferramentas Úteis para o Pesquisador do Direito**. 5. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Fazenda. Tribunal de Impostos e Taxas. Processo administrativo. Competência do TIT para deixar de aplicar lei inconstitucional ou decreto ilegal. Acórdão SF 2.713/95. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 2, p. 108-138, nov. 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

WEEKS, Lilian Rosemary. **O Controle da Constitucionalidade da Norma**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.